

Der romanistische Arbeitsvertrag bei Philipp Lotmar

DR. HENRIK HEITMANN, FRANKFURT/M.

Eine Kodifizierung des Arbeitsvertrages existiert erst seit der AÜG-Novelle¹ aus dem Jahr 2017. In dessen Zuge wurde zum 1.4. damals ein neuer § 611a in das BGB eingefügt. War der Rechtsanwender zwar über Jahrzehnte bis dahin daran gewöhnt, den bereits seit Vollendung des BGB vorhandenen Dienstvertrag (§ 611 BGB) als Rechtsgrundlage in Verbindung mit einem konkret geschlossenen Arbeitsvertrag heranzuziehen, schloss die Kodifizierung dennoch eine dogmatische Lücke. Eine Lücke, die der historische Gesetzgeber seinerzeit bewusst gesetzt hatte.² Aus heutiger Sicht verwundert dies, da doch bereits kurz nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ein von dem Wissenschaftler *Philipp Lotmar* entwickeltes, ausgefeiltes Arbeitsvertragskonzept in der zweibändigen Schrift »Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches« zur Verfügung gestellt wurde. Dies gilt umso mehr, als dass der in der im 19. Jh. dominierenden römisch-rechtlichen Dogmatik verankerte *Lotmar* bei seiner Konzeption einem primär privatrechtlichen Ansatz folgte. Welchen Einfluss die Pandektenwissenschaft³ auf die arbeitsvertragliche Gesamtkonzeption *Lotmars* dabei hatte, soll in diesem Beitrag untersucht werden.

I. Biographischer Hintergrund

Um die Einflussnahme der Pandektenwissenschaft des 19. Jh. auf die Arbeitsvertragskonzeption *Philipp Lotmars* (1850 – 1922) richtig einordnen zu können, bedarf es zunächst eines Blicks auf seinen biographischen Hintergrund. *Lotmar* wird in eine Frankfurter Kaufmanns- und Bankiersfamilie jüdischen Glaubens hinein geboren.⁴ An dem jüdischen Glauben hält er zeit seines Lebens fest, selbst als die bayerische Regierung ihm später »aus konfessionellen Gründen« die Ernennung zum Professor verweigert. Werden seiner beruflichen Entwicklung damit auf der einen Seite zwar Steine in den Weg gelegt, bringt ihm seine Haltung auf der anderen Seite aber auch respektvolle Anerkennung. So äußert sich etwa der Ökonom *Karl Bücher* (1847 – 1930) im Jahr 1888 in einem Brief wertschätzend: (...) *Jetzt, wo ich seine Familienverhältnisse näher kenne und weiß, daß er lediglich deshalb nicht zum Christentum übergetreten ist, wie das alle seine hiesigen Verwandten gethan haben, weil er den Schein vermeiden wollte, als suchte er auf diesem Wege seine akademische Carriere zu erleichtern, ist mir eigentlich der Jude Lotmar lieber als es der Christ sein würde (...).*

Vorauszusehen war diese Entwicklung freilich nicht, gab doch das liberale München damals in der juristischen Fakul-

tät begabten und aufstrebenden jüdischen Wissenschaftlern eine Heimstatt.⁵ Nach dem Studium in Heidelberg und Göttingen hatte *Lotmar* den Weg an die Münchener Fakultät im Jahr 1871 daher auch bewusst angetreten. Im Jahr 1873 beendete er dort sein Studium mit dem ersten Staatsexamen, um diesem bei *Alois von Brinz*⁶ zunächst die Promotion (1875) und später die Habilitation (1876) folgen zu lassen. Sowohl die Dissertation »Über causa im römischen Recht« als auch die Habilitationsschrift »Zur Legis actio sacramento in rem« sind römisch-rechtlich ausgerichtet. Diesen beiden Studien werden 1878 durch eine weitere romanistische Monographie mit dem Titel »Kritische Studien in Sachen der Contravindication« ergänzt, die auch der Rechtfertigung der Habilitationsschrift dient.⁷ Sein romanistisches Hauptwerk bildet allerdings das 1883 begonnene, bis zu seinem Tod 1922 nicht vollendete und daher Zeit seines Lebens auch unpubliziert gebliebene Monumentalwerk »Das römische Recht vom Error«.⁸

Berufliche Anerkennung erlangt *Lotmar* schließlich als er im Oktober 1888 auf den Lehrstuhl für römisches Recht in Bern berufen wird. Aus dieser Rolle heraus widmet er sich in den folgenden Jahren zunehmend arbeitsrechtlichen Fragestellungen.⁹ Besonders hervorzuheben ist dabei die Abhandlung »Die Tarifverträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer« aus dem Jahr 1900 und das opus magnum »Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches«, dessen erster Band 1902 mit 827 Seiten und dessen zweiter Band 1908 mit 1049 Seiten erscheint. Aus *Lotmars* Biographie lässt sich erkennen, dass seinem Gesamtwerk ein römisch-rechtliches und damit primär privatrechtliches Fundament zu Grunde liegt. Nicht umsonst wird *Lotmar* deshalb auch als der letzte große Schüler und Meister der Spätpandektistik angesehen. Gleichermassen wird er aber aufgrund der Bedeutung seiner späteren Studien noch heute als eine der wesentlichen, wenn nicht als die wesentliche Gründerfigur des modernen wissenschaftlichen Arbeitsrechts betrachtet.¹⁰ Dies zeigt, dass *Lotmar* der Pandektenwissenschaft zwar einen rechtsprägenden, aber keinen Ausschließlichkeitscharakter zugemessen hat. Wird die Pandektenwissenschaft als dominierende juristische Institution des 19. Jh. nach Implementierung des BGB in das deutsche Gesellschaftssystem selbst zur Rechtshistorie,¹¹ wird die

⁵ Siehe zum Vorgenannten *Rückert*, in: *Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis* (Fn.4), S.334, 339, 340; *ders.*, in: *ders.* (Fn.4), XVIII, XXVII.

⁶ *von Brinz, Alois*, Prof. Dr. (1820 – 87), Universitätsprofessor in Erlangen, Prag, Tübingen und München. Mit den Professoren *Bernhard Windscheid* (1817 – 92) und *Rudolf von Jhering* (1818 – 92) bildete er das Spitzentrio der Pandektenwissenschaft.

⁷ Siehe dazu *Hofstetter*, in: *Caroni* (Hrsg.), *Forschungsband Philipp Lotmar (1850 – 1922)*, 2003, S.1, 4 – 7 ff.

⁸ Erst posthum erfolgte eine Publikation, siehe dazu *Fagnoli* (Hrsg.), *Lotmar, Philipp: Das römische Recht vom Error*, 2019; siehe dazu auch *dies.*, in: *dies.* (Hrsg.), *Philip Lotmar – letzter Pandekist oder erster Arbeitsrechtler?*, 2014, S.47 ff.

⁹ siehe *Finkenauer*, in: *Fagnoli* (Fn.8), S.1, 3; zu *Lotmars* Schriftenverzeichnis siehe *Rückert*, in: *ders.* (Fn.4), LXXIX – LXXXIII.

¹⁰ Siehe dazu *Rückert*, in: *Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis* (Fn.4), S.333; *ders.*, in: *ders.* (Fn.4), XIII, XV; zum Vergleich mit dem ebenfalls als Gründerfigur des Arbeitsrechts betrachteten *Hugo Sinzheimer* siehe *Brühwiler*, in: *Caroni* (Fn.7), S.117 ff.

¹¹ Siehe dazu *Wieacker*, (Fn.3), S.419 f.

¹ Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017, BGBL. I S. 258 (261).

² Siehe dazu *Heitmann*, AuR 03/22, G 5 – G 8.

³ Zum Begriff siehe *Haferkamp/Repgen*, in: *Haferkamp/Repgen* (Hrsg.), *Wie pandektisch war die Pandekistik?*, S.1 ff.; zum Begriffsverständnis in der älteren Literatur siehe *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 3. Aufl. 2016, S.430 ff.

⁴ Siehe dazu *Rückert*, in: *Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis* (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, S.334; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Philipp Lotmar – Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, 1992, XVIII.

Person *Lotmard* durch nicht auch zum Rechtshistoriker. Ganz im Gegenteil: Er erkennt die Möglichkeiten der sich neu bilden den Arbeitsrechtsdisziplin und nutzt damit den neuen dogmatischen Gestaltungsspielraum. Diesen sucht er sich gerade nicht in dem durch die wirtschaftlichen Veränderungen des 19. Jh. sich entwickelnden und dadurch ähnlichen Gestaltungsspielraum bietenden Gebiets der privatrechtlichen Organisationsformen.¹² Er entscheidet sich vielmehr für die soziale Seite des modernen Rechts.¹³

II. Strukturelle Bausteine des Arbeitsvertragskonzepts

Das Werk *Lotmars* ist in vier Hierarchieebenen strukturiert.¹⁴ Die oberste Ebene klärt zunächst umfangreich den Begriff des Arbeitsvertrages. Als maßgebliches Kriterium für den Arbeitsvertrag betrachtet *Lotmar* die Zweiseitigkeit dieses Rechtsgeschäfts und die Vereinbarung gegenseitiger Leistungen i.S.v. Arbeit und Entgelt.¹⁵ Aus Mangel an Entgeltlichkeit stellt deshalb etwa ein Vertrag zwischen einem Gutsherrn, Prinzipal, Fabrikant, Inhaber eines Laboratoriums oder einer Klinik mit einem Volontär, keinen Arbeitsvertrag dar. Für die Definition der Vertragsparteien greift er auf die Begriffe Arbeitgeber und Arbeitnehmer zurück. Er definiert den Arbeitnehmer als denjenigen Teil, der im Arbeitsvertrag die Arbeit zusagt, und als Arbeitgeber denjenigen Teil, der im Arbeitsvertrag das Entgelt zusagt. Als Arbeit sieht er dann jede Tätigkeit eines Menschen, die ein fremdes Bedürfnis zu befriedigen vermag und für welche erfahrungsgemäß irgendwann oder -wo ein Entgelt geboten wird. Hier nimmt *Lotmar* eine Abgrenzung zur nationalökonomischen Begriffsbildung vor, nach der Arbeit die bewußte menschliche Kraftäußerung sei, um etwas wirtschaftlich Nützliches, einen wirtschaftlichen Wert hervorzu bringen, also etwas, was wirtschaftlichen Bedürfnissen, Zwecken, Interessen der Menschen zu dienen geeignet sei. Im Rechtssinne bilde die Arbeitskraft aber keinen Teil des menschlichen Vermögens, da sie nicht zu den dem Menschen vom Recht verliehenen ökonomischen Mitteln gehöre. Sie könne daher rechtlich betrachtet auch nicht veräußert werden. Aus dieser allg. Kategorisierung des Arbeitsbegriffs folgert *Lotmar*, dass all diejenigen gegenseitigen Verträge als Typen des Arbeitsvertrages zu gelten haben, in denen Arbeit gegen Entgelt vereinbart wird, ohne dass durch eine neben die Arbeitsusage gestellte Usage einer Sachleistung die Arbeitsleistung absorbiert und dadurch der Vertrag zum Kauf oder zur Miete gemacht werde. Das führt dazu, dass nicht nur der Dienstvertrag, sondern auch der Werkvertrag, der Maklervertrag, gesetzlich geregelte Vertragstypen wie Kommissionsgeschäft, Fracht- und Speditionsgeschäft, sowie der Arzt- und Anwaltsvertrag unter den Begriff des Arbeitsvertrages fallen.¹⁶

Auf der zweiten Ebene unterteilt *Lotmar* den Arbeitsvertrag tatbeständlich in die Grundformen Akkord und Zeitlohnvertrag. Entscheidendes Kriterium für einen Akkord sieht er darin, dass die Vergütung im Vertrag zur Gegenleistung für die Arbeit samt dem mit ihr verbundenen, sie begleitenden oder abschließenden Erfolg bestimmt werde, so dass dieser einen

Bestandteil des vertragsmäßigen Entgeltverhältnisses bilde. Wird dagegen die Vergütung unter Abzug des ihr begrifflich und real anhaftenden Erfolges bestimmt, wird die Vergütung also für einen durch die Arbeit auszufüllenden Zeitabschnitt versprochen, soll es sich um einen Zeitlohnvertrag handeln. Als eine besondere Art des Akkords betrachtet *Lotmar* die Situation, wenn vertraglich eine Mehrheit durch ihre Ergebnisse unterschiedener Arbeiten zu liefern ist. Diesen Mehrheitsakkord nennt er Stücklohnvertrag.¹⁷ Auch eine Kombination zwischen Zeitlohnvertrag und Akkord ist möglich.¹⁸

Auf der dritten Ebene beschreibt *Lotmar* grundformspezifische Leistungsstörungen, die er bei dem Zeitlohnvertrag als Unterzeit und Überzeit und bei dem Akkord als Unterwirkung und Überwirkung bezeichnet. Als Unterzeit betrachtet *Lotmar* die ausgefallene Arbeitszeit. Danach wird die zur Vollziehung des Arbeitsvertrages rechtlich einzuhaltende Arbeitszeit nicht eingehalten. Die Unterzeit kann sowohl vom Arbeitnehmer oder Arbeitgeber herrühren als auch beider oder von keiner Partei. Bei der Überzeit wiederum handele es sich um Überarbeit, die zu einer Zunahme der Lohnforderung führe. Dies sei der Ausfluss des Zeitlohnprinzips. Unterwirkung dagegen sei überall gegeben, wo ein Arbeitsvertrag hinter der normalen Arbeitswirkung dadurch zurückbleibe, dass er nicht zum vereinbarten oder rechtlich gebotenen Vollzug gelange. Dadurch, dass beim Akkord der Arbeitserfolg in das Entgeltverhältnis einbezogen sei, habe der Tatbestand der Unterwirkung i.d.R. die positive Rechtsfolge einer Entgeltverkleinerung. Die Unterwirkung könne quantitativ, wenn die Arbeitswirkung ganz ausbleibt oder dem Umfang nach hinter dem normalen Grad zurückbleibt, oder qualitativ, wenn die Arbeitswirkung nach Qualität oder Güte unter dem normalen Grad bleibt, erfolgen. Dies gilt für die Überwirkung in umgekehrter Weise. Hier übersteigt der Akkordvollzug das normale Maß der Arbeitswirkung.¹⁹

Auf der vierten Ebene setzt *Lotmar* sein theoretisches Begriffssystem in Bezug zu den Bezeichnungen innerhalb der geltenden Rechtsordnung. Bei der Definition des Arbeitnehmerbegriffs stellt er etwa fest, dass der Ausdruck Arbeitnehmer im BGB, der GewO und dem GewGG im Gegensatz zum Begriff des Arbeiters nur selten vorkäme, dieser aber jedenfalls die Arbeitnehmerpartei umschreibe. Auch den Begriff des Arbeitgebers sieht er zwar in diesen Gesetzen verankert. Der Begriff werde allerdings nur bei gewissen Arten von Arbeitsverträgen gebraucht und ferner oft zur Bezeichnung nicht bloß der Parteistellung in einem gegebenen Arbeitsvertrag, sondern auch der persönlichen Eigenschaft. *Lotmar* sieht sich bei seinen Begriffsdefinitionen daher von der bestehenden Rechtsordnung grds. bestätigt, allerdings weist er den Begriffen einen umfangreicherem Bedeutungsgehalt zu. In ähnlicher Weise geht er bei der Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages vor. Auch wenn der Begriff im BGB nicht vorkommt, existiert er etwa in der GewO, dem KrVG und dem LandwUVG. Allerdings würden diese Quellen die Arbeitsverträge nur für gewisse Personen von Arbeitnehmern und damit nur für gewisse Arten von Arbeiten verwenden.²⁰ Auch hier erweitert *Lotmar*

12 Siehe zu diesem Entwicklungsprozess Coing, Europäisches Privatrecht Band II, 1989, S.95 ff.

13 Siehe dazu Eichholzer Gewerkschaftliche Rundschau 1958, S. 368 (370).

14 Siehe dazu Dorndorf, in: Caroni (Fn.7), S.81 ff.

15 Siehe dazu *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) Rehbinder, 2. Aufl. 2001, S.70 f.

16 Siehe zum Vorgenannten *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) Rehbinder (Fn.16), S.97 bis S.308 ff.

17 Siehe zum Vorgenannten *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) Rehbinder (Fn.16), S.374 – 378.

18 Siehe dazu *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) Rehbinder (Fn.16), S.1619 ff.

19 Siehe zum Vorgenannten *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) Rehbinder (Fn.16), S.970 – 1598.

20 Siehe zum Vorgenannten *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) Rehbinder (Fn.16), S.90 – 102.

den von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Begriff unter Einbeziehung der im BGB existierenden Vertragsarten für sein eigenes System. Für die Wirksamkeit des Zeitlohnvertrages auf der zweiten Ebene stellt *Lotmar* lediglich auf die grds. privatrechtliche Folge ab, dass dem Arbeitsvertrag hinsichtlich der Arbeits- und Entgeltverpflichtung rechtliche Wirksamkeit zu kommt. An einer gesetzlichen Normierung fehlt es insoweit gänzlich. Für den Akkord dagegen bezieht sich *Lotmar* für dessen Wirksamkeit auf die in der Rechtsordnung niedergelegten Begriffe der Akkordarbeit, Stücklohn oder Berechnung der Vergütung nach Stück.²¹ Für die Begriffe der dritten Ebene, der Unterzeit, der Überzeit, der Unterwirkung und der Überwirkung transferiert *Lotmar* die im BGB normierten Begriffe des Schuldnerverzuges, des Annahmeverzuges und der Unmöglichkeit auf sein Konzept.²²

Im Ergebnis wird deutlich, dass es sich bei *Lotmars* arbeitsvertraglicher Konzeption um ein rein theoretisches Konstrukt handelt. *Lotmar* arbeitet dabei systematisch den von ihm als Gattung klassifizierten Arbeitsvertrag als Oberbegriff heraus, um ihn dann zu konkretisieren und anschließend deduktiv die Verbindung zur bestehenden Rechtsordnung herzustellen. In sich handelt es sich also um ein dogmatisch abgeschlossenes System, das seine rechtliche Legitimierung durch die Verbindung zum bestehenden Recht erhält.

III. Römisches-rechtliches Fundament in *Lotmars* Konzeption

Der theoretische Charakter seines Konstruktes ist es gerade, der dem Architekten *Lotmar* die Möglichkeit eröffnet, auch römisches-rechtliche Bausteine zur Stabilisierung des Konstruktes zu verwenden. In welcher Ausprägung *Lotmar* dies in den von ihm gebildeten Hierarchieebenen vornimmt, wird nachfolgend untersucht.

Zur Erläuterung seines sehr weit gefassten Begriffs der Arbeit auf der ersten Ebene verweist *Lotmar* etwa auf den Umstand, dass im römischen Recht die Leistungen der sog. *artes liberales* nicht Gegenstand eines Arbeitsvertrages sein konnten.²³ Bei diesen Diensten höherer Art, wie sie Ärzte, Lehrer, Anwälte oder Architekten leisteten, galt es als ein Verstoß gegen das gute Herkommen, sich gegen Entgelt zu verdingen. Wer als Angehöriger dieser Stände für einen anderen tätig wurde, pflegte deshalb unentgeltlich zu handeln, allenfalls in dessen Auftrag (mandatum).²⁴ Nach dem *Lotmarschen* Verständnis von Arbeit waren diese Berufsgruppen auch als Vertragspartner eines Arbeitsvertrages anzusehen. Die Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Vertragsarten, wie dem Kaufvertrag (emptio venditio), nimmt er dann zum einen unter Verweis auf das Pandektenlehrbuch seines Lehrers *Brinz* und damit dessen Interpretation der römischen Quellen vor.²⁵

Danach könnten *operae* und *opera* nicht Objekte der *emptio venditio* sein, da gegenseitiges Geben und Nehmen und nicht gegenseitiges Versprechen den Ausgangspunkt für

²¹ Siehe dazu *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.891.

²² Siehe dazu *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.980 ff., 1098 ff., 1130 ff., 1496 ff., 1546 ff.

²³ Siehe dazu *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.112.

²⁴ Siehe dazu *Kaser*, Das Römische Privatrecht Band I, 2. Aufl. 1971, S.569.

²⁵ Siehe dazu *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.79 f.; vgl. *Pennitz*, in: *Fargnoli* (Fn.8), S.86.

die *emptio venditio* gebildet habe.²⁶ Zum anderen sieht er sich selbst in den Digesten bestätigt, indem er auf *Gaius* D.19,2,2 pr.²⁷ Bezug nimmt. Danach stehen Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag dem Kaufvertrag sehr nahe und kommen nach denselben Rechtsregeln zustande. Mit diesen Rechtsregeln ist nach der Analyse *Lotmars* aber nur festgestellt, dass beide Verträge mit der Übereinkunft über die Vergütung zustande kommen, aber nicht, dass sie in Anschung der anderen Leistung gleich geregelt seien. Hinsichtlich der Gegenleistung zur erbrachten Arbeit erweitert *Lotmar* in der Folge die Entgeltpflicht des Arbeitgebers, indem er auf die römisch-rechtlichen Leistungspflichten des »dare« und des »facere« abstellt.²⁸ Auch wenn sich beide Begriffe überschneiden können,²⁹ wird der grds. Wortbedeutung nach »dare« als Geben und »facere« als Machen oder Tun verstanden.³⁰ Diesem Übersetzungsverständnis folgt auch *Lotmar*, wenn er die in Geben bestehende Vergütung auch auf Nahrungsmittel, Sachnutzungen oder auf eine Erwerbs- und Verdienstgelegenheit bezieht. Auch die Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer betrachtet er als eine im Geben bestehende Vergütung.³¹

Auch auf der zweiten Ebene erkennt *Lotmar* Verbindungslien zum römischen Recht. Seiner Auffassung nach entspreche der Gegensatz von Akkord und Zeitlohnvertrag dem von *locatio conductio operis* und *locatio conductio operarum*.³² Zu berücksichtigen ist hierbei, dass in der herrschenden pandektenwissenschaftlichen Lehre des 19. Jh. neben dem Konensualvertrag der Sachmiete (*locatio conductio rei*) der Dienstmiete existierte, die sich sowohl auf die Erbringung von *opera* (Arbeit) als auch auf die Leistung eines *opus* (Werkes) beziehen konnte, und beide Vertragsarten eine Einheit bildeten.³³ Diese Sichtweise, die von dem meinungsprägenden *Windscheid* als generelle Fälle des »Umsatzes von Gerbrauch gegen Geld« angesehen wurden,³⁴ entsprach auch der antiken Betrachtung. Die Römer gingen von einer einheitlichen *locatio conductio* aus. Auf der einen Seite des Vertrages stand der sich zur »Verdingung aufstellende« *Locator* und auf der anderen Seite der *Conductor* als der »das Verdungene mitnehmende oder mit sich führende«.³⁵ Das Verdingen konnte sich dann auf eine Miete, die Arbeitsleistung einer Person oder die Bearbeitung eines Werkes beziehen. Diesem Einheitskonzept tritt *Lotmar* nun entgegen. In Abgrenzung zum Mietvertrag stellt er fest, dass menschliche Arbeit kein Miet- oder Pachtobjekt sein kann. Dieses könnten wegen der bestehenden Rückgabepflicht des Mieters nur unverbrauchbare Dinge sein. Die menschliche Arbeitskraft werde aber gerade durch den Gebrauch aufgebraucht.³⁶ Damit löst *Lotmar* das Einheitskonzept i.S.e. Dichotomie zwischen Miet-/Pacht- und Arbeitsvertrag auf.

²⁶ *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten Band 2,2, 2. Aufl. 1882, S.697 Fn.23.

²⁷ *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constituit.*

²⁸ Siehe zum Vorgenannten *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.82 Fn. 33, S.194; zum Leistungsbegriff »dare« siehe auch *Rückert*, in: *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), 2013, § 611, Rn.96.

²⁹ Siehe dazu *Kaser*, Das Römische Privatrecht Band I (Fn.24), S.489.

³⁰ Siehe dazu *Der Neue Georges*, Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch Band I, 8. Aufl. 2013, S.1741 f.; S.2051.

³¹ Siehe dazu *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.194 f.

³² Vgl. *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.385.

³³ Siehe dazu *Pennitz*, in: *Fargnoli* (Fn.8), S.81.

³⁴ Siehe dazu *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Band II, 6. Aufl. 1887, S.472.

³⁵ Zu den Übersetzungen von »locare« und »conducere« siehe *Mayer-Maly*, *Locatio conductio*, 1956, S.17; *Honsell/Fargnoli*, Römisches Recht, 9. Aufl. 2021, S.171.

³⁶ Vgl. *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.85 f.

Für den Leistungsgegenstand des Arbeitsvertrages sieht er den Begriff der *operae* im technischen, juristischen Sinn als Arbeit an, deren wesentlichstes Merkmal die Verbindung mit der Zeit darstellt. *Operae* können bestimmte Zeiten haben oder *operae* bestimmter Zeiten sein. Dabei kommt es häufig zu Gleichsetzung von »*dies*« und »*operae*« (Arbeitstagen und Tagesarbeiten), so dass letztere als Tagewerke anzusprechen sind. Zum Beleg seiner Annahme verweist *Lotmar* neben Textfundstellen von Sklaven bzw. Freigelassenen hier auf *Javolen* D.19.2.51.1: *ut...certam mercedem in dies singulos darem...ut in singulas operas certa pecunia daretur*. Daraus ergibt sich für *Lotmar* die logische Folge, dass es sich auch dann um Zeitlohn handeln muss, wenn die für eine gewisse zeitliche Länge vereinbarte *operae* gegen Entgelt geleistet werden. Dem Grunde nach handelt es sich bei der genannten *Javolentscheidung* aber um eine *locatio operis*. Nach *Lotmars* Auffassung bestätige dieses *Unicum* aber lediglich, dass die *locatio operis* gerade auf den Akkord zugeschnitten sei und der Vertrag in der Vereinbarung eines Zeitlohnes nur ausnahmsweise durch den Parteiwillen gebeugt werden könne. Die *locatio operis* ist daher auch ein Arbeitsvertrag, bei dem für die geleistete Arbeit ein *merces operis* zu zahlen sei. Was bei der *locatio operarum* den Zeitlohn als *merces operarum* darstellt, ist bei der *locatio operis* aus dem gleichen Grunde Akkordlohn.³⁷

Im Zusammenhang mit dem Leistungsstörungsrecht auf der dritten Ebene ordnet *Lotmar* im Fall der Unterzeit, die vom Arbeitgeber herrührt, der durch § 615 BGB abgemilderter Rechtsfolge der Entgeltreduktion *Paulus* D.19.2.38 pr. zu.³⁸ Hier nimmt *Lotmar* eine restriktive Interpretation vor, da der Digestentext in seiner Gefahrtragungsoffenheit in Richtung beider Vertragspartner auch eine Zuordnung zur Unterzeit, die von keiner Partei herrührt, zuließe.

Im Rahmen der Determinierung des Arbeitsvertragsbegriffs auf der vierten Ebene betont *Lotmar* schließlich die Inkongruenz von dem gesetzlich geregelten Dienstvertrag zur *locatio operarum* und dem gesetzlich geregelten Werkvertrag zur *locatio*

operis. Der Tatbestand der *locatio operarum* sei insoweit enger als der des Dienstvertrages, da er nicht die Akkordform und nicht die sachlich begrenzte Aufgabe zulasse. Die *locatio operis* umfasse dagegen jeden der *locatio* zugehörigen Akkord, während der Werkvertrag sich mit dem Dienstvertrag die Akkorde teilen müsse. Außerdem sei der Werkvertrag auf die Akkordform zugeschnitten und – anders als die *locatio operis* – der Zeitlohnform entrückt.³⁹ Aus rechtshistorischer Sicht erkennt *Lotmar* auf der Rechtsfolgenseite insoweit zwischen Dienst- und Werkvertrag eine sich stärker herausgebildete Divergenz als zwischen *locatio conductio operarum* und *locatio conductio operis*.

IV. Ergebnis

Im Ergebnis wird erkennbar, dass *Lotmars* Konzept auf allen Ebenen von pandektenwissenschaftlichen Erwägungen beeinflusst und getragen wird. Gerade für seine innovative Kategorisierung des Arbeitsvertrages in Grundformen bietet ihm das römische Recht eine ideale Plattform, sein System als konstruktive Alternative zu den etablierten Kodifizierungen zu formen. Dies verwundert nicht, wenn man bedenkt, dass *Lotmar* zu Beginn seiner Untersuchung gegenüber dem interessierten Leser äußert: Dem römischen Recht wurde nicht aus dem Weg gegangen, – an der juristischen »Los von Rom-Bewegung« möchten wir uns nicht beteiligen.⁴⁰ Seine römisch-rechtliche Ausbildung bietet ihm somit das notwendige Instrumentarium, dem Arbeitsvertragsrecht eine eigene dogmatische Struktur zu geben. Einer gewissen Widersprüchlichkeit entbehrt es dabei nicht, wenn *Lotmar* dafür von den zeitgenössischen Autoren wegen seiner Abweichung vom BGB sowohl getadelt als auch umgekehrt gerade wegen seiner Nähe zum BGB kritisiert wird.⁴¹ Erklärlich wird dies allerdings, wenn man das Konzept *Lotmars* nicht nur als »sozial«,⁴² sondern auch als beeinflusst von den privatrechtlichen Dogmen der Jurisprudenz im 19. Jh. als »frei« betrachtet.⁴³

37 Siehe dazu *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.1784 f.

40 *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.59.

41 Siehe dazu *Dorndorf*, in: *Caroni* (Fn.7), S.89.

42 Zur sozialen Komponente im Arbeitsvertragsrecht siehe auch *Repken*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001, S.215 ff.

43 Siehe zu den Begriffen »frei« und »sozial« *Rückert*, in: *ders.* (Fn.4), XV; *ders.*, *ZfA* 1992, S.225 ff.; stärker den Begriff »frei« betonend *ders.*, in: *ZfA* 2019, S.515 (568 – 575).

37 Siehe zum Vorgenannten *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, (Hrsg.) *Rehbinder* (Fn.16), S.1773 – 1782 f.

38 *Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.*